



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 26/02

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 301 27 642.0

hier: Gesuch auf Ablehnung von Richtern

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 19. Januar 2004 unter Mitwirkung der Richterin Winter sowie der Richter Schwarz und Schramm

beschlossen.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Ablehnung des Vorsitzenden Richters Stoppel, der Richterin Schwarz-Angele und des Richters Paetzold wegen Besorgnis der Befangenheit wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Durch Beschluß der Markenstelle für Klasse 4 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 22. Oktober 2001 wurde die Eintragung der angemeldeten Marke 301 27 642.0 versagt. Die Anmelderin hat hiergegen Beschwerde eingelegt und diese im folgenden begründet. In dem nach vorangegangenen Ladungshinweisen auf den 12. Februar 2003 anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem 28. Senat wurde die Sach- und Rechtslage mit der Beschwerdeführerin erörtert. Diese erklärte ihr Einverständnis damit, daß in das schriftliche Verfahren übergegangen wird, worauf nach Schluß der Verhandlung ein entsprechender Beschluß erging. Durch eine am 13. März 2003 ausgefertigte Verfügung der Berichterstatterin, Richterin Schwarz-Angele, auf deren Inhalt Bezug genommen wird, wies diese unter Übermittlung von Rechercheergebnissen zur Vorbereitung einer Entscheidung darauf hin, daß nach Ansicht des Senats die angemeldete Wortfolge nicht unterscheidungskräftig sei und darüber hinaus ein Freihaltungsbedürfnis bestehe. Der Anmelderin wurde darin Gelegenheit zur Äußerung gegeben.

Mit Schriftsatz vom 31. März 2003 beantragte die Beschwerdeführerin Ergänzung des Protokolls um die Zeitangabe des Schlusses der mündlichen Verhandlung und die dem Senat zugänglich gemachten "Beweismittel" und "Augenscheinsobjekte". Weiterhin erklärte die Beschwerdeführerin, sie erwarte "eine im Detail ausgeführte

prozessleitende Verfügung". Durch ein am 9. April 2003 ausgefertigtes Schreiben, auf das Bezug genommen wird, führte die Berichterstatterin unter Verlängerung der Frist zur Stellungnahme aus, eine Ergänzung des Protokolls sei nicht notwendig. Weitere "prozessleitende Verfügungen" beziehungsweise rechtliche Hinweise des Gerichts seien nicht zu erwarten.

Mit Schriftsatz vom 20. April 2003 lehnte die Beschwerdeführerin Vorsitzenden Richter Stoppel, Richterin Schwarz-Angele und Richter Paetzold wegen Besorgnis der Befangenheit ab.

Dieses Gesuch stützt sich unter Bezugnahme auf ein "Gedächtnisprotokoll" des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin zum einen auf den Ablauf der mündlichen Verhandlung vor dem beschließenden Senat. Insoweit wird im wesentlichen ausgeführt, der Vorsitzende Richter Stoppel habe die Annahme eines "Beweismittels" zur Erstveröffentlichung des Begriffs "Blüteneffekt" verweigert. Er habe die Markenurkunde des Beschwerdeführers (397 42 763) als "nicht beweiskräftig" anerkannt und sie mit einer verächtlichen Handbewegung über den Tisch geworfen. Zu dem habe er in Bezug auf die Internet-Suchmaschine Google erklärt, daß ihn Suchmaschinen nicht interessierten. Angesichts der Vorlage einer weiteren Markenurkunde (301 49 730) habe der Vorsitzende mit der zynischen Bemerkung „Na Klasse ...“ reagiert. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, diese Ablehnungsgründe könnten auch jetzt noch vorgebracht werden, da die mündliche Verhandlung wegen des Übergangs in das schriftliche Verfahren nicht beendet sei.

Weiter stützt sie ihre Ablehnung auf die bereits mit Schriftsatz vom 31. März 2003 gerügte angebliche Unvollständigkeit des Protokolls. Außerdem seien die Verfahrensbevollmächtigten nach dem Ablauf der mündlichen Verhandlung davon ausgegangen, daß ihnen zusammen mit dem Protokoll eine prozessleitende Verfügung des Gerichts zugehe. Die Schreiben der Berichterstatterin, die keine derartige Verfügung beinhalteten, zeigten, daß der gesamte Spruchkörper nicht bereit gewesen sei, die Vielzahl der Argumente der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zu

nehmen und von der Verfahrensweise des Deutschen Patent- und Markenamtes Abstand zu nehmen. Im übrigen sei der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht gewahrt worden.

Wegen der Einzelheiten des Ablehnungsgesuchs wird auf die Schriftsätze der Beschwerdeführerin vom 25. April 2003 und 30. Dezember 2003 sowie auf das überreichte "Gedächtnisprotokoll" des Geschäftsführers Bezug genommen.

Die abgelehnten Richter haben sich zu dem Ablehnungsgesuch dienstlich geäußert. Der Antragstellerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

II.

1. Soweit die Beschwerdeführerin ihr Ablehnungsgesuch vom 20. April 2003 auf den Ablauf der mündlichen Verhandlung vom 12. Februar 2003 und ggf. noch auf die vorausgehenden Ladungshinweise vom 21. Oktober 2002 und 22. Januar 2003 stützt, hat sie das Ablehnungsrecht nach § 82 Absatz 1 Satz 1 MarkenG, § 43 ZPO verloren. Danach ist ein Ablehnungsgesuch nicht mehr zulässig, wenn sich die Verfahrensbeteiligte, ohne den ihr bekannten (vermeintlichen) Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen hat. Dies ist auch dann der Fall, wenn sie – wie vorliegend - im Verfahren nach § 128 Absatz 2 ZPO die Einverständniserklärung für eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren abgegeben hat (OLG München MDR 1980, 146; Zöller-Vollkommer, ZPO, 23. Aufl, § 43 Rdnr. 5; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl, § 43 Rdnr. 4).

Aus dem Ablehnungsgesuch und dem ihm beigefügten "Gedächtnisprotokoll" ergibt sich in Übereinstimmung mit der Sitzungsniederschrift, daß das Einverständnis für eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren der im Ablehnungsgesuch gerügten Art und Weise der Erörterung der Sach- und Rechtslage nachfolgte.

2. Soweit die Beschwerdeführerin ihr Ablehnungsgesuch auf eine behauptete Unvollständigkeit des Terminprotokolls stützt, ist dieses zwar nicht verwirkt (§ 82 Absatz 1 Satz 1 MarkenG, § 43 ZPO) und auch im übrigen zulässig, in der Sache jedoch ohne Erfolg.

Eine Besorgnis der Befangenheit (§ 72 Abs. 1 MarkenG, § 42 Abs. 2 ZPO) ist schon deshalb nicht gegeben, da die unterbliebene Auflistung aller durch die Anmelderin eingeführten Objekte und Unterlagen im Protokoll rechtlich nicht zu beanstanden ist.

Die Beschwerdeführerin stützt ihre gegenteilige Annahme offensichtlich darauf, daß es sich bei der Einführung derartiger Gegenstände in die mündlichen Verhandlung des markenrechtlichen Beschwerdeverfahrens um die Einnahme eines Augenscheins handelt, dessen Ergebnisse nach § 82 Absatz 1 Satz 1 MarkenG, § 160 Absatz 3 Nummer 5 ZPO im Protokoll festzustellen wären. Diese Auffassung läßt indes eine Differenzierung zwischen dem Beweis zugänglichen Tatsachen und Rechtsfragen vermissen. Der Prüfung auf absolute Schutzhindernisse nach § 37 Absatz 1 MarkenG liegt auch bei Heranziehung von Recherchematerial grundsätzlich eine einheitliche rechtliche Würdigung zugrunde, die sich nicht in eine Phase der Beweisaufnahme und eine daran sich anschließende rechtliche Überprüfung aufspalten läßt. Soweit im Rahmen des geltenden Amtsermittlungsprinzips (§ 73 Absatz 1 MarkenG) durch den beschließenden Senat zum Zeichengebrauch Verwendungsbeispiele zu würdigen sind, geschieht dies in Beantwortung der Rechtsfrage nach § 8 Absatz 2 MarkenG. Eine Beweisaufnahme wäre nur hinsichtlich solcher rechtserheblicher Tatsachen erforderlich, die von dem Beschwerdesenat nicht als feststehend erachtet werden können (Fezer, Markengesetz, 3. Auflage, § 74 Rdnr 1). Gegenstand der hier vorzunehmenden Prüfung auf absolute Versagungsgründe ist indes nicht das Vorhandensein und die tatsächliche Ausgestaltung der zu würdigenden Unterlagen und Objekte, sondern deren Bewertung in einem rechtlichen Prüfungsverfahren.

Da es sich somit bei der Berücksichtigung der in das Verfahren eingeführten Gegenstände nicht um Wahrnehmungen im Rahmen eines Augenscheins handelt, besteht eine Feststellungspflicht im Protokoll nach § 82 Absatz 1 Satz 1 MarkenG, § 160 Absatz 3 Nummer 5 ZPO nicht.

Eine weitergehende Verpflichtung zur Protokollierung resultiert auch nicht aus § 160 Absatz 2 ZPO . Zu den dort genannten wesentlichen Vorgängen, die in das Protokoll aufzunehmen sind, zählt nur der Hergang der Verhandlung, nicht deren (in den Tatbestand aufzunehmender) Inhalt (Thomas/Putzo aaO § 160 Rdnr. 2).

Einen Protokollierungsantrag nach § 160 Absatz 4 ZPO hat die Beschwerdeführerin nicht gestellt.

2. Ebenso wenig ist das vermeintliche Fehlen einer prozeßleitenden Verfügung im Anschluß an die mündliche Verhandlung rechtlich zu beanstanden. Eine derartige Maßnahme steht grundsätzlich im Ermessen des Gerichts. Sie erscheint – auch bei entsprechender Aufforderung durch die Beschwerdeführerin – jedenfalls dann entbehrlich, wenn aufgrund der gewählten Verfahrensart (schriftliches Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO) eine "Anleitung" der – rechtlich beratenen – Beschwerdeführerin überflüssig ist. Im übrigen ist im Schreiben der Berichterstatterin vom 18. März 2003 eine Äußerungsfrist, verlängert im Schreiben vom 9. April 2003 eingeräumt worden.

3. Das Schreiben vom 18. März 2003 gibt auch keine Veranlassung, bei vernünftiger Betrachtung Mißtrauen gegen eine unparteiliche Amtsausübung der Richter zu rechtfertigen (§ 72 Abs. 1 MarkenG, § 42 Abs. 2 ZPO).

Es weist - auch durch die Beifügung von ergänzendem Recherchematerial – gerade aus, daß sich der Senat erneut und unter Anstellung weiterer Ermittlungen mit der Sache auseinandergesetzt hat. Damit ist der Beschwerdeführerin zudem in ausreichender Weise rechtliches Gehör (§ 78 Abs 2 MarkenG) gewährt worden.

Der Umstand, daß die Beschwerdeführerin die geäußerte Rechtsansicht in der Hauptsache für unrichtig hält, ist im Rahmen eines Ablehnungsgesuchs ohne Belang, wenn wie hier - auch angesichts der eingehenden und wiederholten Auseinandersetzung mit dem Recherchematerial - Anhaltspunkte für eine willkürliche oder unsachliche Einstellung des erkennenden Senats fehlen.

4. Ebensovienig läßt das Schreiben des Senats vom 9. April 2003 eine Voreingenommenheit erkennen.

Die dortigen Ausführungen zum Umfang der Protokollierung sind – wie ausgeführt – zutreffend.

Eine Verpflichtung des Gerichts, sich im Vorfeld einer abschließenden Sachentscheidung wiederholt und auf Anforderung der Beschwerdeführerin äußern zu müssen, liegt fern. Die diesbezügliche Ankündigung des Senats in dem Schreiben ist demgemäß nicht zu beanstanden.

Winter

Schwarz

Schramm

Ko